

VU Research Portal

Case note: Gerechtshof Leeuwarden (Voorlopig deskundigenbericht. Wijziging of aanvulling van de door verzoekster geformuleerde vragen. Appelperbod: doorbrekingsgronden)

Hendrix, L.G.J.

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Hendrix, L. G. J., (2011). *Case note: Gerechtshof Leeuwarden (Voorlopig deskundigenbericht. Wijziging of aanvulling van de door verzoekster geformuleerde vragen. Appelperbod: doorbrekingsgronden)*, No. 3, Jun 25, 2009. (Jurisprudentie aansprakelijkheid; Vol. 2011, No. 1).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Beslissing

Het gerechtshof:

- laat I toe tot het leveren van tegenbewijs tegen het voorshands bewezen geacht feit dat I in hun zorgplicht tekort zijn geschoten door de bevalling van A onvoldoende te begeleiden en bewaken waardoor er niet tijdig kon worden ingegrepen;
- bepaalt – voor zover I het bewijs zou willen leveren door middel van getuigen – dat het verhoor zal plaatsvinden in het Paleis van Justitie, Wilhelminaplein 1 te Leeuwarden, op een nog nader te bepalen dag en uur voor mr. Weening, hiertoe tot raadsheer-commissaris benoemd;
- verwijst de zaak naar de rolzitting van dinsdag 20 juli 2010 voor opgave van de verhinderdata van partijen zelf, hun raadslieden en de getuige(n), voor de periode van drie maanden na bovengenoemde rolzitting, waarna de raadsheer-commissaris dag en uur van het getuigenverhoor zal vaststellen;
- verstaat dat de advocaat van I uiterlijk twee weken voor het getuigenverhoor zal plaatsvinden een kopie van het volledige procesdossier ter griffie van het hof doet bezorgen, bij gebreke waarvan de advocaat van D alsnog de gelegenheid heeft uiterlijk één week voor de vastgestelde datum een kopie van de processtukken over te leggen;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

3

Gerechtshof Leeuwarden
25 juni 2009, nr. 200.022.195, LJN BJ0390
(mr. Hermans, mr. Bosch, mr. Garos)
Noot L.G.J. Hendrix

Voorlopig deskundigenbericht. Wijziging of aanvulling van de door verzoekster geformuleerde vragen. Appelveto: doorbrekingsgronden.

[Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering art. 202, 204 lid 2]

Verzoekster verwijt haar gynaecoloog een fout te hebben gemaakt bij het uitvoeren van een keizersnede. Om de tekortkomingen van de gynaecoloog nader te kunnen onderbouwen, heeft verzoekster een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht ex art. 202 Rv bij de

rechtbank ingediend. In haar verzoekschrift heeft verzoekster ook de vragen opgenomen die zij graag aan de deskundige gesteld zou zien. Het verzoek wordt door de rechtbank toegewezen, zij het dat de rechtbank in haar beschikking afwijkt van de door verzoekster geformuleerde vraagstelling. Van deze beschikking gaat verzoekster in hoger beroep. In hoger beroep stelt zij dat haar verzoek moet worden geacht te zijn afgewezen, zodat zij op grond van art. 358 Rv in hoger beroep ontvankelijk is. Het hof meent echter dat het de rechtbank vrij stond de vragen aan te passen, mits de 'punten' waarover verzoekster een oordeel van de deskundige wenste te verkrijgen, door de in de beschikking opgenomen vragen worden bestreken. Omdat het hof niet is gebleken van een afwijzing of onaanvaardbare afwijking van deze voor verzoekster naar voren gebrachte 'punten', beschouwt het hof het verzoek van verzoekster te zijn toegewezen zodat er geen grond is voor de door verzoekster bepleite doorbreking van het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv. Ook overigens acht het hof geen termen aanwezig die tot doorbreking van het appelverbod kunnen leiden. Het hof oordeelt verzoekster in hoger beroep niet ontvankelijk.

[Appellante] te [woonplaats],
appellante,
advocaat: mr. D. Zwartjens
tegen

1. [geïntimeerde 1] te [vestigingsplaats],
geïntimeerde 1,
 2. [geïntimeerde 2] te [vestigingsplaats],
geïntimeerde 2,
- advocaat: mr. O.L. Nunes.

Het geding in eerste aanleg

Bij beschikking van 25 september 2008 heeft de rechtbank Leeuwarden een deskundigenbericht bevolen ter beantwoording van de volgende vragen:

1. Kunt u (in het kort) de anatomie van de buikholte beschrijven, in die zin dat duidelijk wordt hoe de voor deze zaak relevante structuren (blaas en baarmoeder) ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de in verband met de uit te voeren keizersnede noodzakelijk te maken incisies liggen?
2. Voldeed de keizersnede die [geïntimeerde 2] op 20 oktober 2004 bij [appellante] heeft uitgevoerd, gelet op de medische klachten en voorgeschiedenis van [appellante], aan de professionele standaard die destijds op uw vakgebied gold voor een keizersnede? Wilt u bij de beantwoording van

deze vraag de conditie van het kind op het moment van de aanvang van de keizersnede betrekken?

3. De blaas van [appellante] is gelaedeerd. Had de laesie van de blaas van [appellante] voorkomen kunnen worden op dat moment onder die omstandigheden? Zo nee, had de laesie van de blaas wel voorkomen kunnen worden in een ander ziekenhuis met andere middelen? Wilt u bij de beantwoording van deze vragen de conditie van het kind op het moment van de aanvang van de keizersnede betrekken?

4. Maakt het voor de beantwoording van de vragen 2 en 3 uit of de blaas hoog op de baarmoeder zat en om die reden besloten is het peritoneum tussen de blaas en de baarmoeder hoog op de baarmoeder te openen? Blijkt uit het medisch dossier inzake [appellante] dat de blaas hoog op de baarmoeder zat? Blijkt uit het medisch dossier inzake [appellante] dat het peritoneum tussen de blaas en de baarmoeder hoog op de baarmoeder werd geopend?

5. Heeft u nog overige opmerkingen die voor de beoordeling van de zaak van belang zouden kunnen zijn?

Voorts heeft de rechtbank [naam deskundige], gynaecoloog, hoofd van de pijler Algemene gynaecologie van de afdeling Verloskunde en gynaecologie van het [naam ziekenhuis], benoemd tot deskundige.

Het geding in hoger beroep

Bij beroepschrift, binnengekomen op de griffie op 5 december 2008, heeft [appellante] verzocht de beschikking van 25 september 2008 te vernietigen voor zover het betreft de benoeming van een deskundige ter beantwoording van de vragen als hierboven geformuleerd, en daarvoor in de plaats te stellen de benoeming van [deskundige] ter beantwoording van de – in het inleidend verzoekschrift geformuleerde – volgende vragen:

1. Beschikt u over alle relevante medische bescheiden? Zo niet, kunt u aangeven over welke aanvullende bescheiden u nog wenst te beschikken?

2. (algemene vraag) Kunt u (in het kort) de anatomie van de buikholte beschrijven, in die zin dat duidelijk wordt hoe de voor deze casus relevante structuren (blaas en baarmoeder) ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de in verband met de uit te voeren sectio noodzakelijk te maken incisies liggen?

3. De blaas van [appellante] is ingesneden. Is een dergelijke insnijding te vermijden? Kunnen daartoe veiligheidsmaatregelen worden getroffen? Zo ja, kunt u aangeven op welke wijze(n) en/of met welk instrumentarium deze veiligheidsmaatregelen genomen dienen te worden? Ik verzoek u bij beantwoording van deze vraag zo nodig de conditie van het kind op het moment van aanvang van de sectie te betrekken.

4. De vertegenwoordiger van verweerders stelt dat uit het medisch dossier zou volgen dat de blaas hoog op de baarmoeder zat en dat om die reden werd besloten het peritoneum tussen de blaas en de baarmoeder hoog op de baarmoeder te openen. Is het juist dat uit het medisch dossier valt af te leiden dat de blaas hoog op de baarmoeder zat en/of dat het peritoneum hoog op de baarmoeder werd geopend? Is onder deze omstandigheden een insnijding te vermijden? Welke veiligheidsmaatregelen dienen voor dat geval getroffen te worden?

Bij verweerschrift, binnengekomen op de griffie op 29 januari 2009, hebben geïntimeerden het verzoek bestreden en verzocht [appellante] in het beroep niet-ontvankelijk te verklaren dan wel dit te verwerpen en, zo nodig met verbetering en aanvulling van de gronden, de beschikking van 25 september 2008 te bekrachtigen, met veroordeling van [appellante], zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van de procedure.

Het hof heeft voorts kennisgenomen van de overige stukken.

Ter zitting van 17 juni 2009 is de zaak behandeld. [Appellante] is verschenen en is bijgestaan door haar advocaat mr. Zwartjens. Hoewel behoorlijk opgeroepen, is [geïntimeerde 2] niet (in persoon) verschenen. Namens [geïntimeerde 1] is verschenen mr. Nunes en [persoonsnaam], de directeur van [geïntimeerde 1].

Beide advocaten hebben ter zitting een pleitnota overgelegd.

De beoordeling in hoger beroep

1. Bij haar beschikking die in hoger beroep bestreden wordt, heeft de rechtbank onder meer een deskundige benoemd en de vragen geformuleerd die door deze moeten worden beantwoord.

2. Appellante brengt als bezwaar naar voren dat de rechtbank bij de formulering van deze vragen is afgeweken van hetgeen zij op dit punt had voorgesteld.

3. Ingevolge artikel 204, tweede lid, Rv staat geen hogere voorziening open tegen een beschikking voor zover daarbij het verzoek tot het houden van het voorlopige deskundigenonderzoek wordt toegewezen.

4. Het staat de rechter vrij de vragen die zijn voorgesteld naar eigen inzicht opnieuw of anders te formuleren en hij mag ook vragen toevoegen die hij voor het verkrijgen van een juist en volledig bericht van de deskundige noodzakelijk acht. Een evenwichtige rechtspleging, waarbij ieder der bij het proces betrokkenen, rechter én partijen, de plaats krijgt die hem of haar toekomt, brengt mee dat de rechter in beginsel geen vraag weglaat, althans geen punt waarover door een of meer van de partijen een oordeel wordt gevraagd. Het ligt in de rede dat een afwijking van dit beginsel wordt gemotiveerd.

5. De in dit geval gewijzigde of aangevulde vraagstelling betekent, anders dan appellante betoogt, niet dat het verzoek in zoverre geacht moet worden niet te zijn toegewezen. Appellante heeft naar voren gebracht dat zij het voorlopige deskundigenonderzoek nodig heeft om haar kansen in een eventueel civielrechtelijk proces te kunnen inschatten en om eventuele onderhandelingen met de wederpartij te kunnen voeren. Deze bedoeling wordt, zo stelt zij, doorkruist doordat de rechtbank haar vragen niet op de voet heeft gevolgd. Dat valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien. Daarbij komt dat het wel de bedoeling van appellante kan zijn om het rapport van de deskundige hiervoor te benutten, maar dat de rechter verder moet zien. Hij moet er immers ook op letten of de te stellen vragen voldoende duidelijk, relevant en volledig zijn om een rapport van de deskundige te verkrijgen dat mede ten grondslag kan worden gelegd aan een rechterlijke uitspraak, indien later zou blijken dat partijen het geschil niet in der minne hebben kunnen regelen. Dit hangt samen met de plicht van de rechter om boven partijen te staan en mede te letten op de belangen van de wederpartij, die ook een inbreng kan hebben bij de vraagstelling en eventuele verlangens op dit punt. Anders dan appellante stelt met verwijzing naar de eerdere uitspraak van dit hof van 1 november 2006, LJN: AZ3970, NJF 2006, 577, behoeft hij of zij deze in het algemeen niet bij een zelfstandig verzoek naar voren te brengen. En voorts behoort de rechter ervoor te waken dat later niet alsnog een nieuw onderzoek moet

plaatsvinden, omdat achteraf geoordeeld zou worden dat de eerdere vraagstelling niet toereikend is geweest.

6. Bij dit alles behoort de rechter redelijke grenzen in acht te nemen. Die grenzen worden mede bepaald doordat de rechter mogelijk wat meer terughoudendheid moet betrachten als de voorgestelde vraagstelling naar haar inhoud of strekking een verkennend karakter heeft.

7. Indien de rechter de hiervoor bedoelde redelijke grenzen overschrijdt, kan er onder omstandigheden plaats zijn voor het oordeel dat hij aldus buiten het toepassingsbereik van de wettelijke regeling van het onderzoek door een deskundige is getreden en/of fundamentele rechtsnormen heeft veronachtzaamd.

8. Feiten of omstandigheden die tot dat oordeel – en daarmee tot een doorbreking van het onder 3 omschreven appelverbod – zouden kunnen leiden, doen zich in dit geval niet voor. De formulering van de vragen die de rechtbank heeft gesteld, wijkt in essentie niet of nauwelijks af van het voorstel van appellante en betreft ook in ieder geval de punten waarover verzoekster een oordeel wenst te vernemen.

9. Voor zover appellante in verband met de bepleite doorbreking van het appelverbod en met verwijzing naar haar eerder weergegeven bedoeling om haar proceskansen te kunnen beoordelen, naar voren heeft willen brengen dat de rechtbank niet bevoegd was om naast de feitelijke vragen aan de deskundige ook diens oordeel te vragen over de medische standaard die destijds gold en of aan die standaard is voldaan, faalt de klacht. Een dergelijke aanvulling is geen afwijzing van een punt dat verzoekster aan het oordeel van de deskundige heeft willen voorleggen. Ook overigens zou het hof dit bezwaar verwerpen. De rechtbank mocht deze aanvulling in haar beschikking opnemen en behoorde dat zelfs te doen, omdat het geschil zonder de wetenschap daarvan door de rechter niet tot een oplossing kan worden gebracht. Anders dan appellante stelt, wordt daarmee de juridische vraag of [geïntimeerde 1] en/of [geïntimeerde 2] aansprakelijk kan worden geacht voor hetgeen er bij de keizersnede zou zijn misgegaan, niet zonder meer ter beantwoording aan de deskundige overgelaten. Partijen kunnen bovendien in een eventueel nog volgende procedure hun commentaar leveren op de bevindingen van de deskundige en in dat kader ook over de

juridische gevolgen die aan die bevindingen in samenhang met de overige gegevens in het dossier zouden moeten worden verbonden.

10. Al het voorgaande leidt tot de slotsom dat appellante niet in haar hoger beroep kan worden ontvangen. Zij zal, als de in het ongelijk gestelde partij, de kosten van dit hoger beroep hebben te dragen (tarief II, 2 punten).

De beslissing

Het gerechtshof:

verklaart [appellante] niet-ontvankelijk in het door haar ingestelde hoger beroep tegen de beschikking van de rechtbank Leeuwarden van 25 september 2008;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep en begroot die aan de zijde van de geïntimeerden op € 303,= aan verschotten en € 1.788,= aan salaris voor de advocaat; verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Centraal in deze zaak stond de vraag óf, en in hoeverre de rechter bevoegd is bij een (voorlopig) deskundigenbericht af te wijken van de door de verzoekende partij voorgestelde vragen en de daaraan gekoppelde vraag of een dergelijke afwijking kan leiden tot doorbreking van het appelverbod. Een uitspraak die aandacht verdient, niet in de laatste plaats omdat het Hof Leeuwarden zich hiermee distantieert van zijn eerdere visie op dezelfde materie (Hof Leeuwarden 1 november 2006; LJN AZ3970).

2. Waar ging het om? Een slachtoffer van een beweerdelijke medische fout (hierna: verzoekster), heeft bij de Rechtbank Leeuwarden een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht ingediend. Kort samengevat, verwijt verzoekster haar gynaecoloog onzorgvuldig te hebben gehandeld bij de uitvoering van een keizersnede. Om haar kansen in een eventuele civielrechtelijke procedure tegen de gynaecoloog en het ziekenhuis te kunnen inschatten én om eventuele onderhandelingen met de wederpartij te kunnen voeren, vraagt verzoekster de Rechtbank Leeuwarden een onafhankelijke deskundige te benoemen die antwoord kan geven op de vragen die verzoekster graag aan de

deskundige zou willen stellen. Die vragen maken deel uit van het verzoekschrift (zie de beschikking: "het geding in hoger beroep").

3. Bij beschikking van 25 september 2008 honoreert de rechtbank het verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht, zij het dat de rechtbank tegen de zin van verzoekster op bepaalde punten afwijkt van de door verzoekster voorgestelde vraagstelling (zie de beschikking: "het geding in eerste aanleg").

4. In hoger beroep vraagt verzoekster het Hof Leeuwarden de beschikking van de Rechtbank Leeuwarden te vernietigen, althans voor wat betreft de vragen zoals die door de rechtbank in de beschikking zijn geformuleerd, en daarvoor in de plaats te stellen de vragen die verzoekster in haar inleidende verzoekschrift heeft opgenomen. Verweerders, de gynaecoloog en het ziekenhuis, verzoeken het hof om met een beroep op art. 204 lid 2 Rv verzoekster niet-ontvankelijk te verklaren in haar appèl. Ingevolge het tweede lid van art. 204 Rv staat namelijk geen hogere voorziening open tegen een beschikking indien daarbij het verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht is toegewezen.

5. Verzoekster stelt daar tegenover dat haar verzoek niet als toegewezen in de zin van art. 204 Rv kan worden beschouwd omdat de rechtbank – in de ogen van verzoekster – op belangrijke punten van de door haar voorgestelde vragen is afgeweken. Om die reden acht verzoekster de beschikking van de rechtbank wél vatbaar voor hoger beroep. Verzoekster voert aan dat de rechtbank het door haar beoogde doel van het verzoek, namelijk inschatting van haar kansen in een eventueel civielrechtelijk proces én het vergaren van munitie voor het voeren van onderhandelingen met de wederpartij, heeft doorkruist doordat de rechtbank haar vragen niet integraal in de beschikking heeft overgenomen.

6. Het betoog van verzoekster vindt geen genade bij het hof. Het hof stelt voorop dat het de rechter vrij staat de vragen die door de verzoekende partij zijn voorgesteld opnieuw of anders te formuleren. De rechter mag ook vragen toevoegen die hij voor het verkrijgen van een juist en volledig bericht van de deskundige noodzakelijk acht, aldus het hof. Wel vereist een evenwichtige rechtspleging volgens het hof dat in beginsel géén vraag wordt weggelaten, althans niet over een aspect van de zaak waarover door een of

meer van de partijen een oordeel is gevraagd. Afwijking van dit uitgangspunt vraagt om een nadere motivering.

7. Het hof gaat vervolgens in op de door verzoekster aangevoerde doelen van het voorlopige deskundigenbericht. Daarover merkt het hof in de eerste plaats op dat zonder nadere toelichting niet direct valt in te zien dat die doelen met de door de rechtbank geformuleerde vragen niet zouden kunnen worden bereikt. Bovendien moet de rechter ook letten op de belangen en eventuele verlangens van de wederpartij bij de vraagstelling, én tevens beoordelen of de te stellen vragen voldoende duidelijk, relevant en volledig zijn om te kunnen leiden tot een rapport dat mede ten grondslag kan worden gelegd aan een eventuele rechterlijke uitspraak, waaraan het hof volledigheidshalve toevoegt dat de rechter daarbij steeds redelijke grenzen in acht moet nemen. Zo kan de inhoud of strekking van de voorgestelde vragen mede bepalend zijn voor de vrijheid die een rechter zich kan permitteren. Bij overschrijding van bedoelde grenzen zou er onder omstandigheden sprake kunnen zijn van doorbreking van het appelverbod van art. 204 Rv maar daarvan is het hof in deze zaak niet gebleken. Naar het oordeel van het hof wijkt de formulering van de vragen die de rechtbank heeft gesteld in essentie nauwelijks af van het voorstel van verzoekster en bevat die vraagstelling in ieder geval ook de punten waarover verzoekster een oordeel van een deskundige wenste te verkrijgen.

8. Tot slot merkt het hof dan nog als een overweging ten overvloede op dat hij ook overigens het bezwaar van verzoekster tegen de in de beschikking opgenomen vraag of het handelen van de gynaecoloog in kwestie voldeed aan de professionele standaard, ongegrond acht. Volgens het hof stond het de rechtbank vrij deze vraag in haar beschikking op te nemen en behoorde zij dat zelfs te doen, omdat het geschil zonder de wetenschap daarvan door de rechter niet tot een oplossing kan worden gebracht (zie over deze problematiek: prof. mr. A.J. Akkermans, mr. L.G.J. Hendrix, mr. A.J. Van, 'De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken', TVP 2009, nr. 3, p. 89-99).

9. Het eindoordeel van het hof luidt dat verzoekster in hoger beroep niet ontvankelijk is.

10. Het voorlopig deskundigenbericht in (medische) aansprakelijkheidszaken biedt nog steeds veel aanleiding tot discussie. Niet alleen tussen partijen in een concrete zaak maar ook in de literatuur en rechtspraak wordt geworsteld met de processuele aspecten van een voorlopig deskundigenbericht, zoals de inhoud van de vraagstelling, de persoon van de deskundige, het inzagen en blokkeringsrecht en de omstandigheden waaronder een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht door de rechter mag worden geweigerd (zie over dit laatste aspect o.a. HR 6 juni 2008, NJ 2008, 323).

11. In de zaak die speelde voor het Hof Leeuwarden ging het echter om iets anders; namelijk (1) om de mate van vrijheid die een rechter geniet bij het vaststellen van de aan de deskundige voor te leggen vragen en (2) om de grenzen van het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv. In deze noot zal ik voornamelijk stilstaan bij het tweede aspect; de voorwaarden waaronder het appelverbod van art. 204 Rv eventueel kan worden doorbroken.

12. Ten aanzien van de eerste vraag oordeelde het Hof Leeuwarden in 2006 nog dat de rechter gebonden is aan de vragen zoals die staan vermeld in het verzoekschrift (Hof Leeuwarden 1 november 2006, NJF 2006, 577). Met zijn huidige zienswijze over de bevoegdheden van de rechter bij formulering van de vraagstelling lijkt het hof echter aansluiting te hebben gezocht bij het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 24 augustus 2006, «JBPr» 2007/66, m.nt. E.F. de Groot) en bij de heersende opvatting in de rechtspraak. Die opvatting luidt kort gezegd dat een rechter meer moet zijn dan een "stempelautomaat" van ingediende verzoekschriften en dat een voorlopig deskundigenbericht waarin enkel de vraagstelling van de verzoeker een rol van betekenis speelt, geen meerwaarde heeft boven een bericht van een partijdeskundige (E.W. Bosch, 'Het voorlopig deskundigenbericht: machtig wapen of botte bijl?', TVP 2007, nr. 2, p. 46-49; G. de Groot, 'Het deskundigenadvies in de civiele procedure', diss. 2008, *Recht en Praktijk*, nr. 165, p. 161-162).

13. Dit betekent dus dat de rechter, binnen redelijke grenzen, vrij is in de formulering van de aan de deskundige voor te leggen vragen. Ook staat het de rechter daarbij vrij om omwille van efficiëntie en proceseconomie door de wederpartij voorgestelde vragen in de vraagstelling op te

nemen. En hoewel de Hoge Raad zich totnogtoe niet over de rechterlijke vrijheid bij deskundigenberichten heeft uitgelaten, is met het “herziene” oordeel van het Hof Leeuwarden dit aspect van het voorlopig deskundigenbericht in ieder geval in de lagere rechtspraak voorlopig beslecht (E.W. Bosch, *TVP* 2010, nr. 1, p. 22-25).

14. Dan het tweede aspect van de zaak. Dat betrof de vraag onder welke omstandigheden een toewijzende beschikking op een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht vatbaar is voor een beoordeling in hoger beroep. Het Hof Leeuwarden oordeelde verzoekster in appel niet-ontvankelijk omdat haar beroep volgens het hof afketste op het appelverbod van art. 204 Rv. De vraag is of dat oordeel wel in overeenstemming is met de stellingen van verzoekster.

15. Art. 202 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering regelt de procedure van het voorlopig deskundigenbericht. Een voorlopig deskundigenbericht kan op verzoek van een belanghebbende door de rechter worden bevolen (art. 202 Rv). Art. 204 lid 2 Rv bepaalt vervolgens: “voor zover het verzoek wordt toegewezen, is geen hogere voorziening toegelaten.”

16. Het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv geldt dus alleen voor zover het onderliggende verzoek is toegewezen. Indien het verzoek wordt afgewezen, staat er ingevolge de algemene regel van art. 358 Rv wel een hogere voorziening open. Wordt het verzoek slechts ten dele afgewezen, dan kan het hoger beroep uitsluitend betrekking hebben op het afgewezen gedeelte van het verzoek.

17. Dit appelverbod wordt ook wel een asymmetrisch appelverbod genoemd. Asymmetrisch omdat de verzoeker tot een voorlopig deskundigenbericht bij een afwijzing van zijn verzoek wél hoger beroep kan aantekenen, maar de verweerder c.q. wederpartij in beginsel géén appel kan instellen als het verzoek wordt gehonoreerd (prof. mr. G.R. Rutgers, ‘Het voorlopig getuigenverhoor en het EEX’, *AA* 45 (1996) 3, p. 193).

18. Bij de totstandkoming van art. 204 lid 2 Rv, werd de ratio van het appelverbod gevonden in het voor alle partijen ontbreken van enig belang van een dergelijk hoger beroep: de verzoeker niet, omdat hij zijn verzoek ingewilligd zag, en de tegenpartij of toekomstige tegenpartij niet, omdat een voorlopig getuigenverhoor geen na-deel aan de zaak kan toebrengen.

19. Het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv is echter niet absoluut. Hoger beroep van een toewijzende beschikking is namelijk niet uitgesloten, voor zover er in appel over wordt geklaagd dat art. 202 Rv door de rechter in eerste aanleg ten onrechte, dan wel met verzuim van essentiële vormen is toegepast, of ten onrechte buiten toepassing is gelaten (recente en minder recente voorbeelden hiervan vinden we in: Hof ‘s-Hertogenbosch 12 oktober 2010, LJN BO0303 en BO0305; Hof Amsterdam 14 september 2010, LJN BO0500; Hof ‘s-Gravenhage 13 december 2001, *NJ* 2002, 290; HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 (Enka/Dupont)).

20. Deze mogelijkheid geldt zowel voor de verzoeker als voor de verweerder bij het verzoekschrift (een voorbeeld van een zaak waarin appel was ingesteld door verweerder vinden we in: Hof Arnhem 14 juli 2009; LJN BJ3016). Worden in hoger beroep dus klachten over het toepassingsbereik van de wettelijke regeling van het deskundigenonderzoek of over schending van fundamentele rechtsnormen opgeworpen, dan is het hoger beroep in principe ontvankelijk. Acht de appelrechter deze klachten vervolgens ongegrond, dan dient hij het beroep te verwerpen en blijft de oorspronkelijke beschikking in stand (HR 24 maart 1995, *RvdW* 1995, 71 (Saueressig/Forbo)). Zijn de klachten daarentegen gegrond, dan zal in hoger beroep moeten worden onderzocht hoe de beslissing van de rechter in eerste instantie zou zijn geweest als er geen verzuim van vormen had plaatsgevonden. In alle andere gevallen is het beroep niet ontvankelijk.

21. De bovenstaande uitgangspunten indachtig, zou verzoekster dus in haar hoger beroep kunnen worden ontvangen indien:

- a. aangenomen wordt dat de afwijking van de gewenste vraagstelling zodanig is dat dit als een – gedeeltelijke – afwijzing van het verzoek van klagster moet worden beschouwd of;
- b. de stellingen van verzoekster in hoger beroep kunnen worden gekwalificeerd als een beroep op schending van fundamentele rechtsnormen, in die zin dat de rechter art. 202 Rv ten onrechte, dan wel met verzuim van essentiële vormen heeft toegepast, of ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.

Doorbreking van het appelverbod: grondslag (a)

22. In de ogen van verzoekster had de rechtbank, door op het punt van de vraagstelling af te wijken van de in het verzoekschrift opgenomen vragen, haar verzoek slechts ten dele toegewezen en diende zij om die reden te worden ontvangen in haar hoger beroep. Het hof deelde die opvatting van verzoekster – naar mijn mening terecht – niet.

23. Door middel van een voorlopig deskundigenbericht wordt een partij in de mogelijkheid gesteld op voorhand zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden. Zo kan een partij beter beoordelen of het raadzaam is een procedure te beginnen (of daarvan juist af te zien) én, indien voor een procedure wordt gekozen, beter aangeven op grond waarvan een vordering wordt ingesteld of een verweer wordt gevoerd (G. de Groot, 'Het deskundigenadvies in de civiele procedure', diss. 2008, *Recht en Praktijk*, nr. 165, p. 127).

24. De wet schrijft evenwel niet voor dat een verzoekschrift ook de vragen moet bevatten die aan de deskundige worden voorgelegd. Art. 203 lid 2 onder b BW spreekt slechts van de verplichting om in het verzoekschrift "de punten waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd" op te nemen. Hoewel het tegenwoordig gemeengoed is dat een verzoekende partij in het verzoekschrift expliciet de vragen formuleert die zij aan de deskundige gesteld wil zien, is men daarin in beginsel dus vrij. Volgens Groot is ook de rechter vrij in de formulering van de vragen in de beschikking, zo lang hij daarin maar alle "punten" waarover de verzoekende partij een deskundig oordeel wenst, meeneemt (E.F. Groot, «JBPr» 2007/67). Voldoet de beschikking aan dit vereiste, dan is voor een verzoeker de weg naar de appelrechter afgesloten. Dit brengt tegelijkertijd met zich dat in hoger beroep evenmin kan worden geklaagd over vragen die – in de ogen van verzoeker – ten onrechte wél zijn gesteld (Hof Amsterdam 24 augustus 2006, «JBPr» 2007/66 (Gendler/Stichting MCA)). Pas op het moment dat een rechter een door verzoeker naar voren gebracht "punt" laat liggen, is het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv op de voet van grondslag (a) niet van toepassing en moet het verzoek inderdaad als ten dele afgewezen worden gekwalificeerd.

25. Uit de processtukken van verzoekster valt af te leiden dat zij in hoger beroep niet zozeer heeft aangevoerd dat de door haar gewenste "beoordelingspunten" ex art. 203 lid 2 Rv niet door de in de beschikking opgenomen vragen worden bestreken, maar beklaagt zij zich er met name over dat de op verzoek van verweerders aan de vraagstelling toegevoegde vraag (vraag 2 in de beschikking van de rechtbank) een sterk normatief element in zich draagt dat verzoekster met haar vraagstelling juist niet voor ogen had.

26. Uit de pleitnotities van de advocaat van verzoekster:

"7. Appellante wenst een antwoord op een feitelijke vraagstelling en ziet zich nu geconfronteerd met een vraagstelling met op onderdelen aangepaste vragen en welke op onderdelen normatief van aard zijn.

9. Om die reden geldt dat hoewel dus alle door Appellante aan de orde gestelde vragen in de vragen zijn opgenomen, dat zij toch niet heeft gekregen waar zij in het kader van een beoordeling van haar proceskansen om heeft verzocht."

27. Dit betekent dat verzoekster niet kan worden gevolgd in haar betoog dat de rechtbank haar verzoek slechts gedeeltelijk heeft toegewezen; het verzoek is toegewezen voor zover het toegewezen behoefde te worden. Verzoekster weersprekt immers niet dat "de punten waarover zij het oordeel van een deskundige heeft gevraagd" in de beschikking tot uitdrukking zijn gebracht. Het hof kon aldus overwegen dat "de formulering van de vragen die de rechtbank heeft gesteld, in essentie niet of nauwelijks afwijkt van het voorstel van appellante en betreft ook in ieder geval de punten waarover verzoekster een oordeel wenst te vernemen". Daarmee is de kous af en is voor verzoekster definitief het doek gevallen over de mogelijkheid om op basis van grondslag (a) in het hoger beroep te worden ontvangen. In dit verband kan een vergelijking worden gemaakt met "de persoon van de deskundige". Veelal zal in een verzoekschrift ook om benoeming van een specifieke deskundige worden verzocht, niet alleen voor wat betreft diens vakgebied maar ook met betrekking tot diens persoon. Afwijking van een dergelijk verzoek door de rechter, bijvoorbeeld omdat verweerder tegen de gevraagde deskundige gegrond bevonden bezwaren heeft geopperd, betekent evenmin dat het verzoek geacht moet

worden in zoverre niet te zijn toegewezen en voor hoger beroep vatbaar is (HR 5 januari 2001, NJ 2001/77).

28. Het spreekt voor zich dat de ruimte van de rechter om af te wijken van de in het verzoekschrift opgenomen vragen niet onbegrensd is; een te grote vrijheid zou kunnen leiden tot honoreren van de onder (b) genoemde appelgrond. In de woorden van het hof: "indien de rechter de hiervoor bedoelde redelijke grenzen overschrijdt, kan er onder omstandigheden plaats zijn voor het oordeel dat hij aldus buiten het toepassingsbereik van de wettelijke regeling van het onderzoek door een deskundige is getreden en/of fundamentele rechtsnormen heeft veronachtzaamd" (r.o. 7).

Doorbreking van het appelverbod: grondslag (b)

29. Resteert de vraag of het hof verzoekster op de voet van grondslag (b) in hoger beroep ontvankelijk had moeten verklaren. Hoewel verzoekster in haar beroepsschrift niet expliciet heeft aangevoerd dat de rechter in eerste instantie met de ongevraagde aanvulling van de vragen fundamentele rechtsnormen heeft geschonden, zou dit met enige welwillendheid wél als zodanig in haar stellingen kunnen worden gelezen. Het lijkt er op dat ook het hof die welwillendheid jegens verzoekster heeft betracht; in de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 7 gaat het hof immers in op de mogelijkheid van grondslag (b). In rechtsoverweging 8 concludeert het hof vervolgens dat zich in deze zaak geen feiten en omstandigheden voordoen die tot het oordeel kunnen leiden dat de rechter buiten het toepassingsbereik van de wettelijke regeling is getreden en/of fundamentele rechtsnormen heeft veronachtzaamd. Uiteindelijk leidt dit tot de slotsom dat verzoekster in haar hoger beroep niet ontvankelijk is.

30. Met enige voorzichtigheid, concludeer ik dat het hof op dit punt een processuele uitglijder heeft begaan. Naar mijn mening maakt het Hof Leeuwarden zich aan dezelfde fout schuldig als het Hof Amsterdam in de zaak Saueressig/Forbo (HR 24 maart 1995, RvdW 1995, 71). Het hof draait de zaken namelijk om, en stelt de ontvankelijkheid wegens een beroep op schending van essentiële vormen afhankelijk van beantwoording van de vraag of die essentiële vormen niet in acht zijn genomen. Dat is in mijn ogen niet correct. Wanneer immers het beroep van appel-

lante moet worden gekwalificeerd als een beroep op schending van essentiële vormen – als een beroep op grondslag (b) dus –, dan is appellante in beginsel ontvankelijk en dient eerst bij de behandeling in hoger beroep onderzocht te worden of die vormen inderdaad door de rechter zijn geschonden (vergelijkbare arresten: Hof Amsterdam 14 september 2010, LJN BO0500, Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2010, LJN BO0303 en BO0305). Het Hof Leeuwarden maakt echter geen onderscheid tussen enerzijds de ontvankelijkheid van het beroep en anderzijds de eventuele gegrondheid daarvan.

31. Waarom is niettemin voorzichtigheid ten aanzien van die conclusie geboden? Omdat het niet altijd duidelijk is hoe een klacht over een ongevraagde wijziging van de in het inleidende verzoekschrift opgenomen vragen moet worden gekwalificeerd? Als een beroep op een gedeeltelijke afwijzing van het verzoek, zoals bedoeld onder grondslag (a), of als een beroep op schending van essentiële vormen, zoals bedoeld onder grondslag (b), of als beide? Hierin wordt niet altijd een helder onderscheid gemaakt, ook niet door verzoekster in haar inleidende beroepsschrift. Het is niet uitgesloten dat het hof de grieven van appellante niet heeft gekwalificeerd als een beroep op onjuiste toepassing van de regeling van het voorlopig deskundigenbericht, maar zich uitsluitend heeft afgevraagd of een wijziging van de vraagstelling moet worden beschouwd als een afwijzing van het onderliggende verzoekschrift van appellante, mogelijkheid (a) dus.

32. Opvallend is overigens dat het hof ook op dit punt afwijkt van zijn arrest van 1 november 2006 (LJN AZ3970). Het Hof Leeuwarden oordeelde toen: "B. stelt in hoger beroep dat de rechtbank de vraagstelling van B., tegen de wens van B. in, heeft gewijzigd en wel zodanig dat de door De Goudse bij haar verweerschrift in eerste aanleg overgelegde vragenlijst voorop is gesteld en de vragenlijst van B. aanvullend is geworden. Het hof begrijpt voornoemd standpunt van B. aldus dat de rechtbank door het geven van voornoemde beslissing buiten het toepassingsgebied is getreden van het bepaalde in art. 202 Rv." Toentertijd achtte het hof de appellant wél ontvankelijk.

33. Tot slot: ook wanneer het hof verzoekster in appel wel ontvankelijk zou hebben verklaard, zou de uitkomst van de procedure voor haar

vrijwel zeker niet anders zijn gelopen. Op dezelfde gronden als thans het geval is, zou het hof immers hebben kunnen concluderen dat door de rechtbank in eerste instantie geen essentiële vormen zijn verzuimd of ten onrechte buiten toepassing zijn gelaten, waarmee het – in beginsel ontvankelijke – beroep van verzoekster als nog ongegrond zou worden verklaard. Maar één ding lijkt helder: zodra een appellant, ondanks een appelverbod, in hoger beroep aanvoert dat in eerste aanleg essentiële vormen zijn verzuimd, dan staat de deur van het hof voor hem open!

L.G.J. Hendrix
docent/onderzoeker Vrije Universiteit Amsterdam

4

Rechtbank Amsterdam
14 juli 2010, nr. 421663/HA ZA 09-750, LJN
BO3288
(mr. Aalders)
Noot L.C. Dufour

Letselschade. Medische fout. Onzeker causaal verband. Proportionele aansprakelijkheid.

[BW lid 6:98]

Een man heeft aan een hersenstaminfarct forse beperkingen overgehouden. Voor deze schade houdt hij het ziekenhuis waar hij voor het infarct is behandeld aansprakelijk omdat het ziekenhuis de TIA die aan het infarct voorafging te laat heeft ontdekt. Het ziekenhuis erkent dat zij de TIA drie dagen eerder had kunnen ontdekken, maar het ziekenhuis betwist dat er causaal verband kan worden aangenomen tussen deze fout en het optreden van het infarct als gevolg waarvan de man schade heeft geleden. Op gemeenschappelijk verzoek wordt een neuroloog de vraag voorgelegd hoe de gezondheidssituatie van de man zou zijn geweest als de TIA eerder was ontdekt. De neuroloog concludeert op basis van onjuist doorberekenende kansverhogingen gevonden in een studie die niet goed aansluit bij het geval van de man en het ziekenhuis, dat de kans dat de man bij eerdere toediening van de medicijnen een hersenstaminfarct zou hebben gekregen 1,7% kleiner is. De rechtbank verbetert de gemaakte rekenfouten niet en de vordering van man wordt afgewezen.

[A] te [woonplaats],
eiser,
advocaat: mr. A.J. Van,
tegen
de stichting *Stichting Sint Lucas Andreas Ziekenhuis* te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat: mr. M.J.J. de Ridder.

1. *De procedure*
(...; red.)

2. De feiten

2.1. Op 5 juni 2007 is [A], geboren op 19 mei 1964, per ambulance vervoerd naar het ziekenhuis in verband met klachten over duizeligheid en instabiliteit bij het staan en is daar op de afdeling spoedeisende hulp onderzocht. Na een neurologisch onderzoek werden geen afwijkingen gevonden en werd [A] naar huis gezonden.

2.2. Op 6 juni 2007 heeft [A] zich wederom, na verwijzing door zijn huisarts, op de spoedeisende hulp van het ziekenhuis gemeld met klachten van tintelingen van zijn hele lichaam en onduidelijke spraak. Nadat er geen aanwijzingen waren gevonden voor een neurologische oorzaak voor de klachten is [A] (wederom) naar huis gezonden.

2.3. Op 7 juni 2007 heeft [A] zich opnieuw, onder meer met spraakproblemen, op de spoedeisende hulp van het ziekenhuis gemeld. Op de op die dag gemaakte CT-scan van de hersenen werden door het ziekenhuis geen duidelijke ischaemische afwijkingen gevonden en de verschijnselen werden als meest waarschijnlijk functioneel geduid. [A] is diezelfde dag weer naar huis gekeerd.

2.4. Op 8 juni 2007 is [A] thuis gevallen en heeft hij 4,5 uur op de grond gelegen.

2.5. Op 9 juni 2007 heeft [A] zich, na een verkramptingsaanval en tintelingen over zijn hele lichaam, opnieuw tot het ziekenhuis gewend, alwaar na een neurologisch onderzoek een hemibeeld, mogelijk op basis van een ischaemisch substraat werd geconstateerd. [A] is daarop opgenomen op de afdeling ambulatorium. In het medisch dossier van [A] staat het volgende – voor zover van belang – vermeld:

“(…)

– vooralsnog géén Ascal, morgen herbeoordelen.
“(…)”

2.6. Op 10 juni 2007 werd het neurologisch onderzoek herhaald en de CT-Scan liet een hypodens beeld zien in de rechter pons waarna door het